

Le droit à un procès équitable

Citation : *La justice n'a pas seulement besoin d'être rendue, mais elle doit également paraître être rendue* Lord Hewart

La CEDH consacre deux sortes de droits : des droits fondateurs de liberté, et des droits de sauvegarde, garants fonctionnels des droits précédents. Ces droits ne renvoient donc pas à une liberté matérielle.

Ces droits qu'on appelle parfois droits « garanties » ou droits de procédure s'envisagent ainsi en des garanties pour l'individu lui permettant de faire valoir ses droits dans les meilleures conditions, et lui assurant que le droit qui lui sera appliqué le sera de façon juste et équitable.

Raison d'être de ces droits est illustrée à travers la célèbre formule de la Cour EDh Airey c Irlande 1975. « la Convention a pour but de protéger des droits non pas théoriques et illusoires mais concrets et effectifs ».

Le droit à un procès équitable au centre de la garantie des droits : la CEDH lui reconnaît place éminente dans une société démocratique CEDH Kostovski 20 nov 1989. Ce droit est également au cœur de l'activité juridictionnelle de la Cour. Ainsi, pour les dix dernières années, la Cour a rendu 2557 arrêts condamnant les Etats pour violation du droit au procès équitable et 3403 arrêts condamnant l'Etat pour non-respect du délai raisonnable. Le tout sur 8172 arrêts rendus. Ainsi, 73% des arrêts ont concerné la violation d'un droit à un procès équitable. Les chiffres parlent d'eux-mêmes sur l'importance de ce droit.

Lire article 6 important. Plaquette p. 47.

I. EXERCICES : QUESTIONS

Question 1

Quels sont les éléments du procès équitable au sens de l'article 6 de la Convention EDH ?

1. Le droit d'accès à un tribunal indépendant et impartial

- **Le droit d'accès à un tribunal** : Ce droit a été développé par l'arrêt *Golder*, le droit à un tribunal implique le droit d'avoir un accès concret et effectif à un tribunal. C'est un droit inhérent au procès équitable condamnation du déni de justice. Dès lors, les obstacles qui peuvent se présenter à l'encontre d'un tel droit d'accès sont considérés comme des violations de la Convention par la CEDH.

Tout d'abord, les obstacles d'ordre pécuniaires sont condamnés par la Cour. Il s'agit du cas où la procédure est trop coûteuse et ne permet pas de ce fait au requérant d'exercer un réel recours, même en se défendant soi-même. L'arrêt *Airey c. Irlande* du 9 octobre 1979. Dans la même lignée, la Cour a considéré que si la présence d'un avocat était obligatoire, l'aide judiciaire devait être apportée au requérant (arrêt *Aerts c. Belgique* du 30 juillet 1998).

La Cour condamne également les obstacles juridiques, comme par exemple la complexité des procédures de recours *Geouffre de la Pradelle c. France* du 16 décembre 1992, (la Cour a condamné la France pour défaut de clarté des modalités de recours en annulation devant le Conseil d'Etat.)

Rque : sur la notion de tribunal :

De manière générale tout d'abord, le tribunal doit avoir été institué par la loi. Le tribunal doit être entendu au sens de la Convention comme toute institution qui peut « *trancher, sur la base de normes de droit et à l'issue d'une procédure organisée, toute question relevant de sa compétence* » (*Sramek c. Autriche* du 22 octobre 1984). Cela implique qu'il doit y avoir un véritable contrôle effectué par le juge, et que celui-ci soit compétent pour les faits et les questions de droit. Enfin il doit pouvoir rendre une décision obligatoire. Dès lors, la CEDH a condamné par exemple le renvoi par le juge administratif au ministre des Affaires étrangères l'interprétation des traités internationaux, le ministre n'étant pas un « tribunal ». *Beaumartin c. France* 1994 (affaire soulevait également un pbm d'indépendance vis à vis de l'exécutif).

- qualités du tribunal : indépendance, impartialité

Ce sont là des éléments fondamentaux, et la Cour, par sa jurisprudence sur ces deux notions, a mis en exergue « la confiance que les tribunaux d'une société démocratique se doivent d'inspirer au justiciable » *Remli c. France* 1996

L'indépendance est exigée à l'égard du pouvoir exécutif (cf *Beaumartin*) mais également à l'égard des parties. L'idée est donc d'une protection du juge à l'encontre des pressions et moyens d'influence.

L'appréciation de la condition d'impartialité donne lieu à un contrôle particulièrement exigeant de la Cour. L'impartialité s'apprécie selon une démarche subjective résultant de la mise en évidence d'un parti pris ou de préjugés personnels. objective des faits. Ex : refus de donner acte à un accusé de propos raciste tenu par un juré. *CEDH Remli c. France* 1996, ou *Lavents c. Lettonie* 2002 : déclaration à la presse d'un juge dans le sens d'une reconnaissance de culpabilité)

L'impartialité est également envisagée par la Cour de manière objective. Il s'agit ici de « *se demander si, indépendamment de la conduite personnelle du juge, certains faits vérifiables autorisent à suspecter l'impartialité de ce dernier* » (*Hauschildt c. Danemark*, 24 mai 1989). En l'espèce condamnation, violation de l'article 6§1, du fait de l'exercice successif par les mêmes magistrats de fonctions de juge de la mise en détention provisoire et de juge du fond. Toutefois, à l'heure actuelle, la Cour ne sanctionne pas par principe le cumul de fonctions successives par un magistrat, sous réserve du caractère plus ou moins approfondi des investigations menées par le juge avant le jugement. Jurisprudence subtile donc en la matière et il convient de distinguer selon les hypothèses)

Rque : dans l'arrêt *Procola c. Luxembourg* 1995, la Cour a sanctionné le cumul de fonctions consultatives et de fonctions juridictionnels, du Conseil d'Etat luxembourgeois.

CE 1996 syndicat des avocats de France : revirement de jurisprudence du CE : membre du TA ayant participé à l'élaboration d'un avis ne peut ensuite siéger dans la formation de jugement qui a à connaître d'un litige où cet avis est en cause.

- la situation des parties dans le procès : l'égalité des armes

Ce principe se rattache à l'exigence d'équité découlant de la lecture de l'article 6§1 selon lequel toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue « équitablement ».

Dans l'arrêt Delcourt du 17 jan 1970, la Cour a précisé que l'égalité des armes est le principe fondamental du procès équitable, qui caractérise l'ensemble du droit à la justice.

L'idée est donc que les parties puissent présenter leur cause dans des conditions qui ne les placent pas dans une situation de net désavantage par rapport aux autres (CEDH *Dombo Beheer B. V. c Pays Bas* 1993).

De effectivité du débat contradictoire et juste équilibre entre les parties. (même si le juge distingue l'application des deux principes : contradictoire et égalité des armes, (contradictoire concerne non seulement les parties entre elles, mais aussi les parties et le ministère public), cad lorsque l'une des parties seule n'a pas eu une pièce, c'est le principe de l'égalité des armes qui s'applique, mais si les deux parties n'ont pas eu la pièce mais le juge en a eu connaissance, alors c'est le principe du contradictoire qui s'applique.

La Cour a sanctionné le principe pour la première fois dans l'arrêt *Bonisch c Autriche* 1985 (rupture d'équilibre entre l'audition d'un expert, dont les rapports furent à l'origine de poursuites pénales déclenchées contre le requérant et l'audition des personnes entendues à la demande de la défense). Ont été, par la suite sanctionnées, entre autres, les inégalités dans la communication des pièces aux parties CEDH *Bullut c. Autriche* 1996, ou hypothèse dans laquelle le requérant ne bénéficie pas, contrairement à l'Etat d'une suspension des délais de procédure pendt les vacances judiciaires *Platakou c : Grèce* 2001.

La CEDH a également considéré que les interventions du ministère public au cours de la phase d'instruction ou du délibéré portaient atteinte à l'égalité des armes. Ainsi en est il de la participation de l'avocat général au délibéré de la Cour de cassation *Borgers c Belgique* 1991, ou du commissaire du gvt au délibéré du CE *Kress c France* 2001. La Cour s'appuie ici sur la th des apparences, le ministère public présente pour les justiciable l'apparence d'une partie et sa participation au délibéré peut leur conférer un sentiment d'inégalité, quand bien même il serait injustifié cf citation.

- L'exigence de transparence : la publicité des instances juridictionnelles

Element de nature a fonder la confiance des justiciables, protection contre une justice secrete. S'applique aux jugements et aux débats qui les ont précédé.

Cette exigence peut faire l'objet de limitations, notamment pour protéger la vie privée d'un enfant s'agissant d'une procédure relative à la garde de celui-ci *B c RU* 2001.

- La rapidité de la justice l'exigence du délai raisonnable

Célérité de la procédure, protection contre les lenteurs excessives de la justice.

La notion de délai : Le point de départ du délai.. Il faut distinguer ici selon la matière. En ce qui concerne la matière civile, le délai commence à courir à la date de la saisine de la juridiction compétente (*Buccholz c. Allemagne* du 6 mai 1981), En matière pénale, le début du délai correspond au jour où l'accusation est portée , ce qui peut précéder là aussi la phase du procès lui-même. (l'ouverture d'une enquête préliminaire, le délai court, ou lors d'une mise en examen).

Le délai porte sur l'ensemble de la procédure jusqu'à la date de la décision judiciaire qui statue définitivement sur le bien fondé de l'accusation en matière pénale, et en matire civile, la date d'exécution du jugement *Hornsby c Grèce* 1997. Delai couvre donc la phase d'exécutino de la décison *Bouilly c France* 1999.

Le caractère raisonnable du délai : la Cour a dégagé trois critères *Pretto c Italie* 1983 : la complexité de l'affaire, le comportement des requérants et le comportement des autorités. L'enjeu du litige peut aussi s'ajouter comme critère, lorsque la procédure engagée risque d'être privée de tout effet utile lorsque l'espérance de vie du requérant est réduite. (arrêt *x c. France* 1992)

France souvent condamnée sur ce fondement.

- Le droit à l'exécution de la décision

Le droit à l'exécution des décisions fait désormais partie du droit au procès équitable *Hornsby c Grece* 1997 arrêt important qui traduit l'idée que le procès équitable forme un tout, qui commence par le droit au juge, se poursuit par un déroulement satisfaisant de l'instance et s'achève par la pleine et rapide exécution de la chose jugée.

Dans l'arrêt *Lunari c. Italie* du 11 janvier 2000, ce droit à l'exécution des décisions nationales est plus précisément rattaché au droit à un tribunal.

Question 2

Quel est le champ d'application de l'article 6 de la CEDH ?

L'article 6§1 fait référence aux « *droits et obligations de caractère civil* » et aux « *accusations en matière pénales* ». La CEDH fait application de concepts autonomes, qui permettent de se libérer des qualifications nationales.

1. Le procès équitable et la matière civile

L'existence d'un contentieux civil : Doit exister un contentieux de nature civile. Classiquement, il s'agissait de contentieux de droit privé entre particuliers ou entre un particulier et l'Etat agissant en tant que personne privée. Cependant l'arrêt *König c. RFA* du 28 juin 1978 a ouvert une brèche dans laquelle la Cour a continué de s'engouffrer en étendant ce contentieux aux cas dans lesquels l'Etat agit en tant que personne publique, repoussant ainsi la conception étroite originaire. Le critère est désormais que l'expression recouvre « *toute procédure dont l'issue est déterminante pour des droits et obligations de caractère privé* ». Un droit privé a une nature personnelle ou patrimoniale, mais aucune définition précise n'a été donnée.

L'élargissement des contentieux : Cette conception a permis à la CEDH d'étendre les garanties du procès équitable au contentieux disciplinaire. Ainsi, l'article s'applique aux sanctions disciplinaires dès lors qu'elles mettent en cause le droit d'exercer sa profession. Cela concerne toutes les professions dans lesquelles une institution (l'Ordre des médecins (*Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique* du 23 juin 1981), l'Ordre des avocats...) peut décider d'interdire l'exercice de la profession ou prendre des sanctions moins définitives (suspension...).

Elle a ensuite étendue la portée de l'article 6§1 au contentieux social. Il s'agit ici des procédures pouvant aboutir à un licenciement d'un employé par une entreprise privée, ou d'un agent par l'administration, ou encore les procédures d'attribution de prestations d'assurance sociale, d'aide sociale, de cotisation de sécurité sociale...

Enfin il y a eu une extension de l'article aux contentieux de droit public (peu importe la classification d'ailleurs que fait l'Etat) dès lors que le droit revêt un aspect patrimonial. Ainsi, les décisions administratives relatives au droit de propriété sont concernées, les décisions refusant l'autorisation d'exercer une profession (débit de boisson par exemple), à une action en responsabilité civile contre l'Etat, à une décision de placement dans un hôpital psychiatrique... Le contentieux de la fonction publique lui aussi appartient désormais à la « matière civile », comme le recrutement des fonctionnaires, leur retraite... Pour ce contentieux là cependant, le critère patrimonial est abandonné au profit du critère fonctionnel de participation à l'exercice de la puissance publique (arrêt *Pellegrin c. France* du 8 décembre 1999). Dès lors sont seuls exclus de la garantie de l'article 6§1 les agents qui participent directement ou indirectement à l'exercice de la puissance publique et aux fonctions visant à sauvegarder les intérêts généraux de l'Etat ou des autres collectivités publiques (juges, ambassadeurs, députés, militaires, mais seulement en activité). Enfin les juridictions financières tombent également sous le coup de l'article 6§1.

Exclusion de l'article 6§1 : L'article 6§1 ne s'applique pas à des procédures impliquant l'exercice de prérogatives de puissance publique (matière fiscale par exemple), sauf lorsqu'elles tombent sous le coup de la matière pénale (sanctions fiscales par exemple). Cela vaut par exemple pour les procédures d'asile politique, de police des étrangers, ou encore le contentieux électoral.

2. Le procès équitable et la matière pénale

L'existence d'une accusation : L'application de l'article 6§1 suppose selon le texte l'existence d'une accusation. L'arrêt *Deweert c. Belgique* du 27 février 1980 a défini l'accusation comme étant « *la notification officielle, émanant de l'autorité compétente, du reproche d'avoir accompli une infraction pénale* ».

La matière pénale et son extension : La notion de matière pénale a été définie par la Cour selon trois critères alternatifs, dans l'arrêt *Engel et autres* du 8 juin 1976. Tout d'abord, relève de la matière pénale ce qui en relève selon le droit interne de l'Etat, puis selon la nature de l'infraction, enfin selon la gravité de la sanction encourue. Les deux derniers critères peuvent être cumulatifs si de manière alternative ils ne sont pas suffisants à caractériser la matière pénale. Ainsi, même si une norme n'appartient pas à la matière pénale selon la législation interne de l'Etat, elle peut y appartenir selon la conception extensive de la matière pénale de la Cour EDH.

Cela a permis d'étendre l'application de l'article 6§1 aux sanctions dans des matières pourtant exclues du fait de leur rejet d'appartenance à la matière civile, par exemple les sanctions disciplinaires à l'égard des militaires, les sanctions fiscales, les sanctions administratives... Ainsi, si dans une matière exclue du champ de l'article 6§1 au titre de la matière civile, intervient une procédure de sanction, la procédure tombe alors dans le champ de la matière pénale et se voit garantie par le droit au procès équitable.

De même, les sanctions pénitenciaires (à caractère disciplinaire) entrent dans le champ de la matière pénale dès lors que les critères de l'arrêt *Engel* sont remplis (arrêt *Campbell et Fell c. Royaume-Uni* du 28 juin 1984). La vocation punitive de la sanction va ici être particulièrement prise en compte, notamment si elle rallonge la peine, même de quelques jours.

II. EXERCICE : COMMENTAIRE DE TEXTES

Accroche : Le 21 novembre 2003, l'Union fédérale des consommateurs Que choisir de Côte d'Or a saisi la CEDH d'une requête en invoquant notamment la violation par la France de l'article 6§1, au motif que l'association requérante n'a pas été entendue équitablement par un tribunal indépendant et impartial. En effet, l'association requérante n'a pas reçu avant l'audience une copie du rapport et du projet d'arrêt, à la différence du commissaire du gouvernement, ni les conclusions de celui-ci.

Cette requête s'inscrit dans la lignée de plusieurs arrêts rendus par la CEDH dans lesquels la France a été condamnée sur le fondement de l'article 6§1 du fait de la présence du commissaire du gouvernement au délibéré des procès en matière administrative.

Présentation des textes à commenter : Pour mettre un terme à ces condamnations en série de la France, le décret du gouvernement n°2009-14 du 7 janvier 2009, publié le 8 janvier, et entré en vigueur le 1^{er} février, met fin à l'existence du commissaire du gouvernement et le remplace par le rapporteur public. Ce décret prévoit également le déroulement de l'audience devant les juridictions administratives.

Le 16 octobre 2008, le Syndicat de la juridiction administrative (SJA) dans un communiqué de presse, avait déjà annoncé « *Les derniers jours du commissaire du gouvernement* », en rappelant les multiples condamnations par la CEDH ayant rendue nécessaire la réforme à venir. Le lendemain du décret, le 8 janvier, le Conseil d'Etat a rendu un communiqué de presse relatif à cette réforme, visant à expliquer les changements intervenus, mais sans jamais faire référence à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, signe ultime de défiance et de résistance envers la Cour ?

Problématique : La réforme de la justice administrative concernant le commissaire du gouvernement permet-elle de remédier à la méconnaissance du droit à un procès équitable telle que dénoncée par la CEDH ?

Annonce du plan : Dans une première partie, nous verrons en quoi le système antérieur de justice administrative était contraire au droit à un procès équitable au regard de l'intervention du commissaire du gouvernement au cours de la procédure. Puis dans une seconde partie nous nous interrogerons sur le fait de savoir si la réforme intervenue permet de mettre fin à cette contrariété de la procédure administrative française au regard de la Convention européenne des droits de l'Homme.

I. LE COMMISSAIRE DU GOUVERNEMENT LORS DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF : UNE PRÉSENCE CONTRAIRE AU DROIT À UN PROCÈS ÉQUITABLE.

A. La procédure administrative française avant le décret du 7 janvier 2009.

L'appellation commissaire du gouvernement : Il existe devant le Conseil d'Etat depuis une ordonnance des 2 février et 12 mars 1831 (nommé maître des requêtes faisant fonction de ministère public puis commissaire du roi chargé de donner des conclusions). Le nom de commissaire du gouvernement a été institué par la loi du 3 mars 1849.

Le commissaire du gouvernement devant ces juridictions est à distinguer de celui qui peut exister devant d'autres et qui est véritablement une partie au procès, comme le commissaire du gouvernement devant la chambre nationale de discipline des experts comptables, ou auprès de la juridiction d'expropriation. Ici, les garanties du procès équitable n'ont jamais posé de

réels problèmes, car elles s'appliquent sans remise en question (notamment égalité des armes et contradictoire).

Le rôle du commissaire du gouvernement : Contrairement aux diverses appellations données, le commissaire du gouvernement n'est pas un représentant de l'Etat, ni un ministère public. Selon l'ancien article L.7 du Code de justice administrative, « *un membre de la juridiction, chargé des fonctions de commissaire du gouvernement, expose publiquement, et en toute indépendance, son opinion sur les questions que présentent à juger les requêtes et sur les solutions qu'elles appellent* ». Le commissaire du gouvernement est donc un magistrat (au niveau des TA ou des CAA) ou un conseiller d'Etat (devant le CE), dont le rôle est de donner son avis sur les questions soulevées par les requêtes et les solutions à envisager.

Le CE a précisé ce rôle dans son arrêt *Esclatine* du 29 juillet 1998 : il a « *pour mission d'exposer les questions que présente à juger chaque recours contentieux et de faire connaître, en formulant en toute indépendance ses conclusions, son appréciation, qui doit être impartiale, sur les circonstances de fait de l'espèce et les règles de droit applicables ainsi que son opinion sur les solutions qu'appelle, suivant sa conscience, le litige soumis à la juridiction à laquelle il appartient* », et il « *participe à la fonction de juger dévolue à la juridiction dont il est membre* » (rappelé dans le communiqué de presse du CE).

Le commissaire n'est donc pas partie au litige, mais ne juge pas non plus l'affaire. Cependant il présente des conclusions, conclusions non soumises à discussion contradictoire entre les parties. D'autre part, ses conclusions sont présentées en dernier, les parties ne pouvant s'exprimer à leur suite. Le CE dans son communiqué fait cependant le rappel d'une pratique visant à donner connaissance aux parties non pas des conclusions, mais de leur sens, avant l'audience, pour mieux préparer leur argumentation orale.

B. La condamnation par la CEDH de la présence du commissaire du gouvernement.

La jurisprudence générale tenant aux ministères publics : La CEDH a développé une jurisprudence hostile aux commissaires de gouvernements et autres parquets de cassation (avocat général en France), au motif que leur rôle était contraire aux principes de l'égalité des armes et/ou du contradictoire. Ce sont notamment les arrêts *Borgers c. Belgique* du 30 octobre 1991 en matière pénale, *Vermeulen c. Belgique* du 20 février 1996 en matière civile ou encore *Van Orshoven c. Belgique* du 25 juin 1997 en matière disciplinaire.

La CEDH considère que bien que les fonctions de ces organes garantissent l'objectivité de leur intervention, il n'en demeure pas moins que leurs conclusions revêtent une certaine autorité et rompent pourtant avec les droits des parties au regard du procès équitable. Ces conclusions ne sont pas neutres et peuvent influencer le juge.

Egalité des armes, respect du contradictoire et impartialité contre le commissaire du gouvernement : Concernant le rôle du commissaire du gouvernement devant les juridictions administratives, la CEDH l'a jugé contraire au droit à un procès équitable dans plusieurs arrêts. Il s'agit des arrêts *Kress c. France* du 7 juin 2001, *Loyen c. France* du 12 avril 2006 et *Martinie c. France* du 12 avril 2006.

La violation de l'article 6§1 reposait sur plusieurs considérations. Tout d'abord, la participation du commissaire du gouvernement au délibéré posait problème car en recommandant l'admission ou le rejet de moyens des parties, il apparaît comme influent sur la décision du juge pour telle ou telle partie. Il a ainsi l'apparence d'une partie au litige et contrairement à ce qu'invoque le CE (*Esclatine*), il n'est pas un juge, car il ne vote pas et des précautions sont prises (notes en délibéré et sens des conclusions transmis). Bien qu'il assiste sans participer au délibéré, la seule présence du commissaire du gouvernement est contraire

au procès équitable (*Loyen*). L'argumentation était la même pour l'avocat général près la Cour de cassation (arrêt *Slimane-Kaïd c. France* du 27 novembre 2003).

D'autre part, le fait de communiquer le rapport du conseiller rapporteur et le projet d'arrêt au seul commissaire du gouvernement peut au regard de l'arrêt *Martinie* apparaître comme une rupture de l'équilibre entre les parties (dans l'arrêt *Martinie* il s'agit de la Cour des comptes). Enfin la non-communication des conclusions de même que l'impossibilité d'y répondre constitue une violation du principe du contradictoire, mais la communication du sens de ces conclusions et la réponse au moyen d'une note lors du délibéré a été jugé par l'arrêt *Kress* comme une garantie suffisante au regard du droit au procès équitable.

II. LE RAPPORTEUR SPÉCIAL LORS DU CONTENTIEUX ADMINISTRATIF : LA FIN DE LA CONTRARIÉTÉ AU DROIT À UN PROCÈS ÉQUITABLE ?

A. La réforme de la procédure administrative française par le décret du 7 janvier 2009.

Les réformes antérieures tenant aux TA et CAA : Un premier décret du 19 décembre 2005 a été pris pour mettre un terme au rôle controversé du commissaire du gouvernement indiquant clairement que le commissaire « *assiste au délibéré. Il n'y prend pas part* ». Ce texte concerne tous les degrés de juridictions administratives. Ainsi, il n'a plus ici qu'une présence passive, mais présence tout de même, ce qui reste contraire au procès équitable si l'on en croit l'arrêt *Martinie*.

Un nouveau décret du 1^{er} août 2006 est venu régler définitivement la question devant les juridictions inférieures (TA et CAA), en prévoyant que « *la décision et délibérée hors la présence des parties et du commissaire du gouvernement* ». En revanche, devant le Conseil d'Etat, « *sauf demande contraire d'une partie, le commissaire du Gouvernement assiste au délibéré. Il n'y prend pas part* ». La position reste donc inchangée, à la seule différence qu'une partie peut refuser sa présence au délibéré. Cela ne s'est produit qu'une seule fois depuis, dans l'affaire *De Garate* du 23 octobre 2006. D'autre part, la pratique des notes en délibéré est inscrite là aussi dans le Code de justice administrative.

La réforme du décret de janvier 2009 : La réforme du commissaire du gouvernement auprès du Conseil d'Etat s'est faite par décret, avec l'aval du Conseil constitutionnel qui dans sa décision du 30 novembre 2006 Nature juridique de dispositions du code de justice administrative, a considéré que l'appellation commissaire du gouvernement avait un caractère réglementaire et non législatif.

Ainsi le décret prévoit le remplacement de l'appellation de commissaire du gouvernement par le terme de rapporteur public, formule jugée par le Conseil d'Etat dans son communiqué comme « *la plus simple et la plus juges pour exprimer l'essence de ce magistrat particulier qui appartient à la juridiction, à l'instar des autres rapporteurs, mais qui, exposant son point de vue publiquement, ne saurait participer au délibéré* ».

Le décret prévoit d'autres changements valables pour toutes les juridictions administratives, en inscrivant cette fois expressément dans un texte que le sens des conclusions du rapporteur public peut être transmis aux parties avant l'audience. Cette pratique avait été admise par l'arrêt *Kress*, mais n'avait pas été codifiée. Un autre changement, celui-là n'étant pas une codification mais une nouveauté, permet aux parties de « *présenter de brèves observations orales après le prononcé des conclusions du rapporteur public* ».

Bien que le Conseil d'Etat dans son communiqué n'en fasse pas part, à l'inverse du SJA, ce décret, s'ajoutant aux deux précédents, vise à éviter une nouvelle condamnation par la CEDH. Ainsi lorsqu'il indique « *l'incompréhension* » suscitée par la relation entre les parties et le commissaire du gouvernement, le Conseil évoque à mots couverts la CEDH, accusée pendant

longtemps par la haute cour de ne pas comprendre l'originalité du système français. Par les changements intervenus au travers de ces décrets, il semble que le CE soit revenu sur son attitude de défiance. Mais les risques de condamnations sont-ils pour autant écartés ?

B. L'acceptation par la CEDH de la présence du rapporteur spécial ?

Suppositions : Il ne s'agit ici que de suppositions, car bien évidemment la Cour n'a pas encore pris parti quant au nouveau rôle dévolu au commissaire du gouvernement par le décret de 2009. En effet, malgré le décret de 2006 la Cour dans l'arrêt *Martinie* s'est abstenue de se prononcer sur la présence du commissaire du gouvernement qui désormais clairement ne prend pas part au délibéré, mais y assiste toujours. Il ne peut plus influencer l'issue du délibéré, ni même apporter une assistance technique aux juges mais reste présent.

La présence du commissaire du gouvernement : Il semble toutefois qu'en ce qui concerne les TA et les CAA, la CEDH n'ait plus de grief vis à vis du commissaire du gouvernement, car par l'application des trois décrets, toutes les raisons des violations passées du procès équitable sont tombées (présence au délibéré).

En revanche, il est toujours présent au Conseil d'Etat. Malgré le changement de nom, la CEDH risque de ne pas être dupe et de ne pas renverser sa jurisprudence *Kress* du fait de cette présence, même passive.

La non communication de l'arrêt et du rapport : Enfin, dans l'affaire UFC Que choisir de Côte d'Or actuellement devant la CEDH, c'est cette fois l'absence de communication aux parties de la note et du projet de jugement qui est en question au regard de l'article 6§1, alors même que le commissaire en a eu connaissance. L'arrêt *Martinie* a condamné la France ici sur ce fondement concernant la Cour des comptes.